

## CAPÍTULO NOVENO

### TEST DE MÁXIMO USO DE RECURSOS DISPONIBLES

#### I. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y OBJETIVOS DEL TEST

El test de máximo uso de recursos disponibles tiene como principal objetivo poder verificar si efectivamente el Estado está haciendo uso de sus recursos con las características y extremos que esta obligación establece.

Dentro de la revisión del máximo uso de recursos disponibles, parecido a lo que vimos en el análisis de los núcleos del derecho, los contextos son relevantes. De esta forma, explican Serrano y Vázquez (2013) que este uso máximo deberá atender a las necesidades concretas del lugar y de la población y comprende no sólo a los recursos económicos sino también a los recursos tecnológicos, institucionales y humanos.

#### II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

A diferencia de los casos anteriores, en el máximo uso de recursos disponibles prácticamente no hay sentencias que hayan aplicado con claridad este principio. Encontramos la 378/2014 emitida por la SCJN y no muchas más. Por esta razón, daremos prioridad en la identificación de las categorías que integran el test a la Declaración emitida por el Comité DESC en 2007 intitulada *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga, de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto*.

En dicho documento, el Comité señala los siguientes puntos que pueden servir como categorías del test:

- Tanto el PIDESC, como la Observación General núm. 3 especifican que los recursos para hacer efectivos los derechos se refieren a todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas. En la Declaración, el Comité DESC especifica que dentro de los medios apropiados se incluyen recursos judiciales y de otro tipo, cuando corresponda, y adoptar medidas de carácter administrativo, financiero, educacional y social.
- Se deben priorizar las obligaciones que integran el contenido esencial de los derechos.
- Se deben priorizar las necesidades de grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.
- El Comité analizará hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Analizará también si el Estado parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria.
- Estudiará si la decisión del Estado parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos.
- En caso de que existan varias opciones en materia de normas, el Comité revisará si el Estado parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto (principio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).
- Se analizará el marco cronológico en que se adoptaron las medidas.
- Se revisará si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.
- Además, el Comité atribuye suma importancia a que en el Estado se cuente con procesos de adopción de decisiones transparentes y participativos.

Vayamos ahora al análisis de la sentencia 378/2014 emitida por la SCJN. El caso se refiere a la necesidad de construir un pabellón especializado para personas que viven con VIH en un hospital especializado en enfermedades respiratorias. Esto porque, en la medida que conviven enfermos que no viven con VIH y enfermos que sí, los segundos son mucho más proclives a contagiarse de enfermedades respiratorias que no tenían antes de llegar al hospital.

En la construcción de su sentencia, el primer paso que realiza la SCJN es la identificación de las obligaciones que integran el derecho a la salud. Concluye que el derecho al nivel más alto posible a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar un estado de bienestar general, que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

En específico, el derecho a los niveles más altos de salud genera cuatro distintos tipos de obligaciones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Ello implica —sigue la corte—: *a)* contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, cuya naturaleza dependerá particularmente de su nivel de desarrollo; *b)* que los establecimientos estén al alcance de la población, en especial los grupos en situación de vulnerabilidad, y *c)* que además de resultar aceptables desde el punto de vista cultural, sean apropiados desde el punto de vista científico y médico.

Una vez identificadas las obligaciones inherentes al derecho al más alto nivel de salud, la corte mexicana aplica estas obligaciones al derecho específico de las personas que viven con VIH. Aquí la corte realiza un análisis mucho más detallado de los re-

querimientos necesarios y si el hospital los cumple. Hecho esto, la SCJN concluye que se encuentra acreditada la necesidad de realizar modificaciones estructurales al hospital especializado en enfermedades respiratorias, a efecto de que minimice en la medida posible los riesgos de contagios y coinfecciones de enfermedades oportunistas de los pacientes que viven con VIH. Posteriormente, tocó el turno a analizar si esta omisión se debe a que, pese a haber utilizado el máximo uso de sus recursos, estos fueron insuficientes para cumplir con estas obligaciones.

Luego de hacer un análisis de las distintas solicitudes de financiamiento del hospital a fin de remodelar sus instalaciones o crear un nuevo pabellón para personas que viven con VIH, la construcción del argumento que determinó el sentido de la sentencia que realizó la SCJN se dirigió a determinar ¿quién tiene la obligación de probar que se ha hecho el máximo uso de los recursos disponibles?

En la medida que estamos hablando de distintos tipos de recursos, en estos casos no bastará la simple afirmación de limitación presupuestaria emitida por parte del Estado como razón suficiente para decir que se cumple con el máximo uso de recursos disponibles. Como especifica la SCJN en la sentencia 378/2014, no basta la simple afirmación de limitación presupuestaria por parte del Estado mexicano para que se tenga por demostrado que ha adoptado todas las medidas hasta el *máximo de los recursos que disponga* para lograr la plena realización del derecho humano. Es necesario que los entes aporten el material probatorio en que sustente su dicho. Más aún, son las autoridades quienes —sigue la corte— tienen la mayor capacidad para probar su situación financiera.

Estos medios de prueba son los que permiten a los juzgadores distinguir entre la incapacidad real del Estado de cumplir con sus obligaciones en torno a los derechos humanos, respecto de la simple renuencia del Estado a cumplir con dichas obligaciones. En el primer caso se estará ante incumplimientos justificados, en el segundo ante violaciones a derechos humanos. Así, el argumento de la SCJN se declina a especificar que el Estado no probó que

efectivamente había hecho el máximo uso de sus recursos y que, pese a ello, no había logrado remodelar o construir un pabellón especializado para personas que viven con VIH, por lo que estamos frente a una violación a derechos por el incumplimiento de este principio.

Como vemos, a partir de la tendencia que sigue la sentencia, no se logra un análisis específico y aterrizado en un caso concreto de la aplicación del máximo uso de recursos disponibles. Vaya, no hay un análisis presupuestario —por ejemplo— sobre el papel que tiene el derecho a la salud en el presupuesto nacional y local, si este es un papel adecuado, si se están empleando los recursos necesarios y suficientes, por mencionar algunos puntos. La SCJN pudo haber solicitado una serie de informes a las distintas autoridades para mirar la forma en que se construyen y usan los recursos para satisfacer el derecho a la salud. Por ejemplo, Serrano y Vázquez (2013) observan que uno de los puntos más complicados respecto al máximo uso de los recursos disponibles está relacionado con la elección del derecho al que se asignará el recurso y la proporción que la realización de cada derecho debe ocupar del gasto público. En la medida en que el Estado tiene obligaciones de inmediato cumplimiento, como los contenidos mínimos de cada derecho, el presupuesto debería garantizar estos deberes como aspecto prioritario. Respecto del restante, los recursos deben asignarse de conformidad con los planes desarrollados para atender el aseguramiento progresivo de todos los derechos. Pese a ello, el inicio de la operacionalización en las sentencias de este tipo de conceptos es, sin lugar a dudas, un avance.

Más interesante que el argumento que determina el sentido de la sentencia, son las órdenes que la SCJN emite para hacer efectiva su sentencia, que la acercan al tipo de directrices que suele emitir la corte colombiana, conforme vimos en el análisis del contenido esencial de derechos. La corte mexicana ordenó:

- El hospital, en coordinación con el comisionado nacional de Protección en Salud y el Comité Técnico del Fideicomiso en Protección Social en Salud, deben tomar todas las

medidas necesarias para salvaguardar, hasta el máximo de los recursos, el derecho humano al nivel más alto posible a la salud de los quejosos, dentro de un plazo razonablemente breve, en el entendido de que dichas medidas deberán ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones contempladas en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Deberán considerar qué medida resulta la más adecuada y plausible para poder brindar el servicio y tratamiento médico apropiado y de calidad para los pacientes que viven con VIH, en aras de evitar que se encuentren indebidamente expuestos a contagio de enfermedades oportunistas que repercutan en la atención médica que reciben.
- La mejoría en las instalaciones y servicios del hospital podrá llevarse a cabo mediante remodelación del Servicio Clínico 4, o mediante la construcción de un nuevo pabellón, siempre y cuando se empeñen en asegurar el disfrute más amplio posible del derecho en referencia, dadas las circunstancias económicas existentes, y que la inversión respectiva se encuentre orientada a que los establecimientos, bienes y servicios de salud, resulten apropiados desde el punto de vista científico y médico, así como de buena calidad.

Como la corte colombiana, en sus órdenes la corte mexicana deja libertad configurativa al Poder Ejecutivo para que determine cuál es la medida más adecuada para cumplir con el derecho en cuestión. Sin embargo, no especifica plazos ciertos, dejando espacio a la vaguedad con la mención de “un plazo razonablemente breve”.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

A partir de los aspectos anteriores, podemos realizar el siguiente test:

## Cuadro 14

### *Categorías que integran el test de máximo uso de recursos disponibles*

- 1) ¿Cuál es el contexto económico en el que se analiza el máximo uso de recursos disponibles: estabilidad, crecimiento, crisis?
- 2) ¿Qué tipo de recursos son relevantes para el ejercicio efectivo del derecho que se está analizando: presupuestarios, tecnológicos, institucionales, administrativos, legislativos, humanos, educacional, etcétera?
- 3) ¿El Estado cuenta con recursos de la cooperación y asistencia internacional?
- 4) En términos generales, ¿cómo se emplean los recursos? ¿Se observan medidas deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos?
- 5) ¿Hay discriminación en el uso de los recursos en el derecho que se está analizando?
- 6) En el uso de los recursos, ¿se priorizaron las obligaciones propias del contenido esencial del derecho que se está analizando?
- 7) En el uso de los recursos, ¿se priorizaron las necesidades de grupos en situación de vulnerabilidad?
- 8) ¿Hay obligaciones incumplidas debido a falta de recursos?
- 9) ¿Se pudieron haber usado de mejor manera los recursos disponibles para evitar ese incumplimiento?
- 10) ¿Qué órdenes se pueden girar para generar el cumplimiento del máximo uso de recursos disponibles?

## IV. OTROS ASPECTOS DEL TEST

Dentro del test no se establece un análisis más general del presupuesto que incluya cosas como: ¿en qué se gastan las partidas? ¿A qué tipo de gastos se da prioridad? O, más aún, sobre la política fiscal para revisar si la lógica recaudatoria es acorde a derechos o si se está beneficiando a algún grupo minoritario y generando concentraciones económicas que conduzcan a un empeoramiento de las condiciones de ejercicio de los derechos humanos. Si bien

este tipo de análisis es relevante para analizar el máximo uso de los recursos en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, hay dos aspectos por los cuales no fueron sometidos al test: 1) pedir al juzgador un análisis de este tipo en cada sentencia se antoja bastante complicado, y 2) no hay elementos ni en la sentencia analizada ni en los documentos del DIDH que nos lleven en esta dirección. Pese a lo anterior, un ejercicio de este tipo sería, sin duda, elemental en ejercicios como diagnósticos en materia de derechos humanos que recuperen este principio, así como en el análisis de políticas públicas.

En la sentencia analizada, se observa un cambio relevante en la corte mexicana. La SCJN acepta que los órganos jurisdiccionales se encuentran posibilitados para revisar si la falta de recursos estatales tiene como consecuencia la violación a derechos humanos. No sólo eso, también admite que las cortes, cuando la naturaleza del caso se los permita, deben vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal. Esto la acerca de forma conveniente a la tendencia marcada por la corte colombiana, y la aleja de la postura de la corte sudafricana, para quien la determinación de estas temáticas es una intromisión en la esfera de los poderes representativos.